التحكيم في العقود الإدارية وعقود الـــB.O.T

الدكتور

دويب حسين صابر عبد العظيم

دكتوراه فى القانون العام العقود الإدارية – عقود الـــB.O.T

بتقدير ممتاز مع التبادل مع الجامعات المصرية والاجنبية

مدرس القانون العام بجامعة أسيوط–جمهورية مصر العربية

نقسم الدراسة فى هذا الموضوع إلى فصلين

الفصل الأول :التحكيم في العقود الإدارية وعقود الـــB.O.T في فرنسا

الفصل الثانى :التحكيم في العقود الإدارية و عقود الـــB.O.T في مصر

الفصل الأول

التحكيم في العقود الإدارية وعقود الـــB.O.T في فرنسا

تمهيد وتقسيم :

تعد فرنسا هي مهد القانون الإداري ، وتعد نظريات العقود الإدارية هي أهم نظريات هذا القانون و التي تستمد أحكامها وقواعدها من أحكام القضاء الفرنسي مع بعض التدخلات التشريعية لتنظيم جوانب بعض هذه العقود مثل عقود الأشغال العامة وعقود الالتزام وعقود التوريد فضلاً عن طرق التعاقد و إجراءاها.[١]

---

(١) - DE Laubadere **(A-),** Traite theorique et pratique des contrats administratife , , tome I, L.G.D.J , 1956 p56.



ولهذه النشأة القضائية للقانون الإداري بصفة عامة ونظريات العقود الإدارية بصفة خاصة عمل ذلك على الارتباط الوثيق بين العقد الإداري من ناحية والقضاء الإداري من ناحية أخرى ، وذلك بخلاف العقود المدنية و التي تنظمها قوانين منفصلة

هذه النشأة التاريخية وهذا الارتباط الوثيق يفسر لنا الموقف المتشدد لمجلس الدولة الفرنسي من مسألة التحكيم في المنازعات الإدارية بصفة عامة و العقود الإدارية بصفة خاصة و المختلفة كثيراً عن موقف القضاء العادي(٢)

ولذلك فأننا سوف نتناول مسألة التحكيم في مجال العقود الإدارية متناولين موقف المشرع الفرنسي و أراء الفقهاء و أحكام المحاكم العادية و مجلس الدولة من هذه المسألة وذلك في مبحثين على أن يسبقهما مبحث أول نتحدث فيه عن تعريف التحكيم:

المبحث الأول: تعريف التحكيم.

المبحث الثاني: حظر اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية .

المبحث الثالث: الإستثناءات الواردة على هذا الحظر.

المبحث الأول: تعريف التحكيم

تعاظم دور التحكيم فى الآونة الأخيرة وأصبح وسيلة معتادة ومفضلة يلجأ إليها المستثمرين لحل منازعاتهم العادية منها والادارية على حد سواء نظـراً لمزايـاه المتعددة والتى لا تتوافر فى القضاء الوطنى كالسرية والسرعة ، وقد صادف التحكيم أهتمام كل من الفقه والقضاء كماتعرض له المشرع المصرى بالتنظيم بمقتضى القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ كما كثرت التعريفات التي قيلت بصدده وإن كانت جميعـاً

---

(٢) د.جابر جاد نصار ، التحكم في العقود الإدارية ، المرجع السابق، صـــ٣٩ و ما بعدها .
و كذلك د.محمد عبد العزيز بكر ، أثر شرط التحكيم ..... ، المرجع السابق،صــ١٤ .

تدور حول مفهوم واحد و هو أنه أسلوب لفض المنازعات ملزم لأطرافها ، و يبني على اختيار الخصوم بإرادهم أفراداً عاديين للفصل فيما يثور بينهم أو يحتمل أن يثور بينهم من نزاع [٣] .

[٤]"[٥] [٦] [٧] و [٨] [٩] . أما التحكيم في عقود البوت فيمكننا تعريفه بأنه " اتفاق أطراف عقود الــB.O.T على فض منازعاهم التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ

---

(٣) د.جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية ،دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، بدون سنة نشر، ص٩ . وقريباً من هذه التعريفات انظر:

ALANREDFERN , MARTIN HUNTER and MURRAY SMITH , Laz and practice of international commercial arbitration , Second edition , London , sweet MAXWELL 1991 ; p. 2.

(٤) د.أحمد عبد الكريم سلامه ، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظير و تطبيق مقارن ، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٤ ، دار النهضة العربية، صـــ١٩ .يراجع في تعريف التحكيم كل من إسماعيل أحمد محمد الاسطل ، رسالته بعنوان " التحكيم في الشريعة الإسلامية " ، حقوق القاهرة سنة ١٩٨٦، صـــ١٩، د.أحمد سلامه بدرا لعقود الادارية وعقود B.O.T، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٣. ، صـــ٢٨١ د.محمد عبد المجيد إسماعيل ، العقود الادارية وعقود B.O.T، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٣ ، صـــ٣٦٥ ، د.عصمت عبد الله الشيخ التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٠ ، صـــ٢١ . وكذلك كل من د.محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة في قانون التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، صـــ ١٣ ، د.ناريمان عبد القادر ، اتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٦ ، صـــ ٢٤ ، د.نجلاء حسن سيد أحمد خليل التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، طبعة الثانية ، سنة ٢٠٠٣ ، ٢٠٠٤ دار النهضة العربية. ، صـــ٢٢ .

(٥) - HERAUD(A),MAURIM (A) , La justice ,editionssirey 1996,p149.

(٦) - Auby (J.M) et Drago (G) , trait , Traité de contentiaux administratif, T.1, 3 ed , LGDJ , Paris , 1984 no 20 , p.45.

(٧) - “ on entend par l arbitrage l’institution d’une justice privée grace à laquelle les litiges sont soustraits aux juridication de droit commum , pour étre résolus par des individus revetus pour la circonstance , de la mission de les juger .

بينهما على جهة خاصة – بدلاً من القضاء – لتفصل بينهما في كل أو بعض منازعاهم بمقتضى حكم تحكيمي مُنْهٍ للخصومة بينهما " .

المبحث الثاني

حظر اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية و عقود الــB.O.T في فرنسا

تبنى المشرع الفرنسي في بداية الأمر موقفاً متشدداً من مسألة التحكيم في مجال العقود الإدارية (١٠) و تجلى هذا الموقف في نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون المرافعات المدنية الفرنسية و الصادر في عام ١٨٠٦ باعتبارهما يمثلان الأساس التشريعي لهذا الحظر. (١١) فقد تضمنت المادة ١٠٠٤ النص على عدم جواز التحكيم في المنازعات التي يشترط القانون إبلاغها للنيابة العامة ، و قد حددت المادة ٨٣ المنازعات التي يجب إبلاغ النيابة العامة بشأنها و هي تلك التي يكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين أو البلديات أو المؤسسات العامة. (١٢)

د. دويب حسين صابر عبد العظيم

ROBEST (J) ,Traité de l'arbitrage civil et commerciale en droit interne , recueil sirey , 1937 p 9 .

(٨) - L arbitrage est institution par laquelle un tiers régle le differend qui oppose deux ou plusieurs parties en exercant la mission juridictionnelle qui lui à été confiée par celles – ci Jarrsson (ch), la notion de l'arbitrage , LGDJ , PARIS, 1987 , P 372 .

(٩) - Mottawa(A.) " l'arbitrage en matiére de transport maritime de marchandises " Etude de droit frençais et le droit egyptien , thése , université de Paris 1 , 2003 , tome 1 , P .6 ets .

(١٠) د.حفيظة السيد الحداد ، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة ٢٠٠١، صـــ١٨ .

(١١) - FOUSSARD(D),l'arbitrage en droit administratf,Rev, arb,1990,p.8.

(١٢) د.جابر جاد نصار ، الوجيز في العقود الإدارية ، المرجع السابق صـــ١٤٩ .

غير أنه و بمقتضى قانون ٥ يوليه ١٩٧٢ تم إلغاء المادة ١٠٠٤ و حلت محلها المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني و التي بمقتضاها لا يمكن الاتفاق على التحكيم في المسائل الحالة و الأهلية و المسائل المتعلقة بالطلاق و الانفصال الجسدي و المنازعات المتعلقة بوحدات الإدارة العامة أو المؤسسات العامة و بوجه عام جميع المسائل التي تمس النظام العام. (١٣) كما نص المشرع الفرنسي كذلك في المادة ٢٠٦١ على بطلان شرط التحكيم إذا لم ينص القانون على خلاف ذلك. (١٤)

و إعمالاً لنص المادة ٢٠٦٠ الفقرة الأولى يكون المبدأ العام هو حظر اللجوء إلى التحكيم و فيما يتعلق بالمنازعات الإدارية و أن هذا الحظر يترتب على مخالفته البطلان الذي قد يصيب شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم و هو بطلان يتعلق بالنظام العام (١٥) و على ذلك فإنه يمكننا القول أن المبدأ العام هو حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية .

أساس المبدأ:

أولاً: يجد هذا المبدأ أساسه في المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون المرافعات المدنية و التي حلت بديلاً عنهما المادة ١/٢٠٦٠ من القانون المدني الجديد .(١٦)

ثانياً: المبادئ العامة للقانون

---

(١٣) - " on ne peut compromettre sur les question de corpsousur les contestions interessant les collectives au divorce et les etablisse ments public et plus generalement dans toutes les matieres qui interessent l ordre public " .

يراجع في ذلك: YOUSSEF (Ch) , Th. prcitee ,p.597.

(١٤). - "la clause compromissoire est nulle s il n est dispose autement par la loi " .

راجع: YOUSSEF (Ch) , Th. precitee ,P.597.

(١٥) د.محمد عبد العزيز بكر ، المرجع السابق، صـــــ١٥.

(١٦) - Pouyaud (D) , la nullité des contrats administratifs , L.G.D.J. paris , P. 188.



ذهب البعض إلى القول بأن مبدأ حظر لجوء الأشخاص العامة للتحكيم في مجال المنازعات الإدارية و منها بالطبع منازعات العقود الإدارية يعد من المبادئ العامة للقانون و التي يطبقها القضاء الإداري في فرنسا باعتبارها مصدراً من مصادر المشروعية و التي يتعين على جهة الإدارة الالتزام بها (١٧) (١٨) .

ثالثاً: مبدأ الفصل بين السلطات

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن حظر التحكيم في مجال المنازعات الإدارية إنما يستند إلى مبدأ الفصل بين السلطات خاصة بين السلطتين القضائية و التنفيذية و الذي يعد من أهم المبادئ القانونية و الذي بمقتضاه يتعين أن يتولى الفصل في المنازعات الإدارية قاضى القانون العام و على ذلك فإن إباحة التحكيم في مجال المنازعات الإدارية خاصة العقود يمثل اعتداءً على اختصاص مجلس الدولة و اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات (١٩).

رابعاً : فكرة النظام العام كأساس لحظر التحكيم في مجال المنازعات الإدارية.

ذهب جانب أخر من الفقه إلى القول بأن حظر لجوء الأشخاص العامة للتحكيم إنما يجد أساسه في فكرة النظام العام باعتبار أن المنازعات الإدارية عموماً ومن بينها منازعات العقود الإدارية تتعلق بالنظام العام و تعمل على تحقيق المصلحة العامة و بالتالي فلا يجوز التحكيم فيها

موقف القضاء من مبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم في مجال المنازعات الإدارية .

---

(١٧) يقصد بالمبادئ العامة للقانون مجموعة القواعد القانونية التي يمكن استخلاصها من استقرار النظام القانوني " .... انظر في ذلك:

PATRIKOS, Larbitrage en matiére administrative L.G.D.J , 1997 pp. 27 – 30

(١٨). - Richer (L) , Droit des contrats …… , op. cit . P. 286

(١٩) د.يسرى محمد العصار ، التحكيم فى المنازعات الإدارية ، المرجع السابق، صـ٨٥ .

اختلف موقف القضاء من مبدأ حظر اللجوء للتحكيم في مجال العقود الإدارية سواءً في ذلك القضاء العادي أم مجلس الدولة .

(أ): موقف القضاء العادي .

لم يسلم القضاء العادي الفرنسي بمبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم في مجال المنازعات الإدارية على إطلاقه ، فالمؤسسات العامة قد تضطر إلى إدراج شرط التحكيم في تعاملاتها الدولية ، فإذا كان القضاء العادي يتفق مع مجلس الدولة في عدم جواز لجوء الأشخاص العامة للتحكيم إلا بناء على نص صريح يسمح بذلك أو بناء على اتفاقية دولية معمول بها في فرنسا بيد أن القضاء العادي يختلف مع مجلس الدولة فيما يتعلق بالعقود ذات الصفة الدولية و التي يكون أشخاص القانون العام طرفاً فيها فإذا كان مجلس الدولة لا يجيز لها اللجوء إلى التحكيم إلا أن القضاء العادي على خلاف ذلك .[٢٠]

و من ذلك ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ١٠ أبريل سنة ١٩٧٥ من أن " تحريم التحكيم الإداري يقتصر على عقود القانون الداخلي و لا ينطبق على العقود ذات الطابع الدولي و أنه يستفاد من عبارات المادة ١٠٠٤ من قانون المرافعات المدنية أن تحريم التحكيم بالنسبة للهيئات العامة يستند فقط على الحصانة الخاصة التي يستفيد منها لدى القضاء الفرنسي ، و أن الدولة تستطيع أن تتنازل مقدماً عن هذه الحصانة و ذلك بقبول اختصاص القضاء الأجنبي، و عليه فإن التحريم المستفاد من المادة ١٠٠٤ لا يتعلق بالنظام العام الدولي. [٢١]وفى

---

(٢٠) د.جورج شفيق ساري ، التحكيم و مدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، دار النهضة العربية سنة ١٩٩٩، صـــــ١٦٩ و ما بعدها .

(٢١) - CA de paris,L er ch . 10 avril 1957, societe Myrtoon steamship

حكم حديث نسبياً ذهبت محكمة استئناف باريس في ٢٤ نوفمبر ١٩٩٤ إلى القول بأن " يقتصر تحريم لجوء الدولة إلى اتفاق التحكيم على العقود ذات النظام الداخلي و بالتالي فلا يتعلق بالعقود ذات الطابع الدولي وأنه لصحة مشارطة التحكيم التي يتضمنها عقد فإنه يكفى التدليل على وجود عقد دولي يفى باحتياجات التجارة الدولية وفقاً للشروط المتفقة مع أعراف التجارة الدولية (٢٢).

وفى حكم أخر ذهبت محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ ١٣ يونيو ١٩٩٦ إلى القول بأن" الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم و أيا كان السبب الذي يستند إليه ، يعمل به فقط في إطار العقود الوطنية و لا يعد هذا الحظر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام الدولي ". (٢٣) كما أكدت هذا الاتجاه أيضاً محكمة النقض في العديد من أحكامها ومنها على سبيل المثال حكمها الصادر في ١٤ أبريل ١٩٦٤ و الذي أكدت فيه أن " التحريم الناتج عن المادتين ٨٣ ،١٠٠٤ من قانون المرافعات المدنية يتعلق فقط بالنظام العام الداخلي و لا يتعلق بالنظام العام الدولي...

---

c. ministre de la marine marchande, J.C.P1957 ,no.10078, Motulsky(H.), D.1958, 11,P.702,note . J, Robert.

(٢٢) - " La prohibition puor un Etat de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne , cette prohibition n'est en consequence pas d'ordre public international, pour valider la clause compromissoire incluse dans un marché , il sauffit de constater l existence d'un contrat international Pour les besoins et dans les conditions …

C.A. de paris (L er ch . c) , 24 fer 1994 Rev arb 1995.N2, p. 275 , note Yves Gaudemet .

(٢٣) د.حفيظة السيد الحداد ، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة .... ، المرجع السابق، صـــــ٢٣

وبالتالي فإن المؤسسات العامة تستطيع كأي متعاقد خاص أن يبرم اتفاق تحكيم و عندها يأخذ العقد طابع العقد الدولي ..." .(٢٤)

وهكذا اتضح موقف القضاء العادي سواء في ذلك محكمة الاستئناف أو محكمة النقض في إجازتهما التحكيم في مجال العقود الإدارية ذات الطبيعة الدولية لاعتبارات الصالح العام ومقتضيات التجارة الدولية ونزولاً على أعراف تلك التجارة ، إلا أن موقف مجلس الدولة الفرنسي كان واضحاً وصريحاً في رفض التحكيم في مجال العقود الإدارية.

(ب) : موقف مجلس الدولة

تبنى مجلس الدولة موقفاً متشدداً من مسألة التحكيم في مجال المنازعات الإدارية ومنها بالطبع العقود الإدارية ، وقد تجلى هذا الموقف في العديد من الأحكام التي أصدرها مجلس الدولة منذ بداية القرن التاسع عشر الميلادي و الذي تبنى فيه المجلس مبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم في مجال المنازعات الإدارية واستمر هذا الموقف الرافض للتحكيم في مجال المنازعات الإدارية حتى في القرن العشرين وفي حكمه الصادر في عام ١٩٣٦ والخاص بمدينة **BOULLOGNE** حيث قرر المجلس أن المدينة ليست لها صفة لإبرام اتفاق التحكيم وذلك استنادا إلى نص المادتين ٨٣، ١٠٠٤ من قانون المرافعات المدنية القديمة (٢٥) .

وفى عام ١٩٨٦ وفى ٦مارس أرادت فرنسا إنشاء مدينة ملاهي على شاكلة (ديزني لاند) الأمريكية في هذا العام تعاقدت مع شركة أمريكية لتنفذ تلك

---

(٢٤) - Cass. Civ , / er ch , 14 avril 1964 , O.N.I.C. Capitaine du S.S San carlo , D 1964 , 11, P 637 , note J . Robert ,. JCP 1965 , 11 , NO 14406 , obs. P.l ..

(٢٥) - C.E. Sect , 10 Juillet 1936 , villed de Boulogune – sur – Mer , p. 764 .

المدينة إلا أن الشركة الأمريكية أصرت على تضمين العقد شرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهما مما أدى إلى عرض الأمر على مجلس الدولة للتأكد من مدى صحة مشارطة التحكيم في هذا العقد [٢٦] فأصدر مجلس الدولة في جمعيته العمومية رأيه قائلاً " أنه ووفقاً للمبادئ العامة للقانون العام في فرنسا و التي أكدها نصوص الفقرة الأولى من المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني أنه – ما لم توجد استثناءات تستند إلى نصوص اتفاقية دولية يقررها ويتضمنها النظام القانوني الداخلي – فإن الأشخاص المعنوية العامة لا يمكن أن تتحرر من القواعد التي تحدد اختصاص القضاء الوطني بأن تعهد إلى محكم حل المنازعات التي تكون طرفاً فيها وترتبط بعلاقات النظام القانوني الداخلي " [٢٧] ويعد هذا المبدأ مبدأً عاماً ويتعلق بكافة الأشخاص العامة أياً كانت المنازعات التي تكون طرفاً فيها. [٢٨].

وفى ٣ مارس عام ١٩٨٩ مد المجلس هذا الحظر إلى تلك العقود الإدارية و التي يكون طرفاها أشخاصاً خاصة حيث طرح على مجلس الدولة عقد أشغال عامة مبرم بين شخصين خاصين ولكن ذا طبيعة إدارية وقد ورد في أحد بنوده نصاً يقتضي بإمكانية فض المنازعات التي يمكن أن تثار بينهما عن طريق التحكيم إلا أن المجلس ذهب إلى القول بأنه " بمقتضى المادة ٢٠٦١ من القانون المدني " تكون مشارطة التحكيم باطلة إذا لم ينص على خلاف ذلك " كما أنه لا يوجد أي نص تشريعي يُجيز لأطراف عقد الأشغال العامة أن يدرجوا مثل هذا الشرط في هذا العقد الأمر الذي يستفاد منه أن الشروط التي تضمنتها المادة ١٧ من العقد المبرم من جانب

---

(٢٦) د.محمد عبد العزيز بكر ، المرجع السابق، صـــــ١٦.

(٢٧) - C.E , avis , 6 mars 1986 , section des travaux publics no 339710 , commentaire , D. la bet oulle , GACE , 2e ed , Dolloz 2002 no 15 , p. 175.

(٢٨) - LAMBIE (O.) et LONCLE (J.) , L' arbitrage dans les Grands projets en concession de service public, RDAI /IBLJ No 1 , 2003 p 3 .

الشركة صاحبة الالتزام ومجموعة شركات المقاولات تكون غير مشروعة " وبمقتضى هذا الحكم وكما ذهب إلى ذلك بعض الفقه أهمل مجلس الدولة المعيار التقليدي العضوي لتحريم التحكيم وأخذ بدلاً منه معياراً مادياً، فقد ذهب الأستاذ GAUDEMET إلى أن القضاء قد استخدم معياراً مادياً و قرر أن مشارطة التحكيم تكون ممنوعة في كافة العقود التي تدخل في اختصاص القاضي الإداري حتى لو كانت هذه العقود مبرمة بين أشخاص خاصة ". (٢٩).

وبذلك نجد أن مجلس الدولة قد وسع كثيراً من نطاق حظـــر اللجـــوء إلى التحكيم في مجال المنازعات الإدارية حتى لو كان طرفا المنازعة من أشخاص القانون الخاص طالما كان القاضي الإداري هو المختص بنظر المنازعة و إزاء هذا التـــشدد في موقف مجلس الدولة وكذلك الاختلاف الكبير بين موقفه وموقف القضاء العـــادي سواء محكمة الاستئناف أو محكمة النقض كان ذلك مدعاة للمشرع الفرنـــسي أن يتدخل (٣٠) ليضيق من نطاق تطبيق القاعدة التي يتمسك بها مجلس الدولة بشأن عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية ويحسم التناقض القضائي بين القـــضاء العـــادي ومجلس الدولة ويورد بعض الإستثناءات على هذا المبدأ بنصوص تشريعية واضـــحة وهذا ما سوف تناوله في الفرع الثاني .

---

(٢٩) - YOUSSEF (Ch.) , th. precitée ,pp. 604 – 605 .

(٣٠) د.حفيظة السيد الحداد ، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ، المرجع السابق، صـــــ٣٣ .

المبحث الثالث

الإستثناءات الواردة على مبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وعقود الــB.O.T في فرنسا

إذا كانت القاعدة العامة في التشريع الفرنسي هو حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ، بيد أن هذه القاعدة يرد عليها عدة استثناءات تشريعية يمكننا أن نتعرض إليها بشيء من التفصيل على النحو الأتي:

أولا : التحكيم المنصوص عليه لبعض طوائف المنازعات الإدارية .

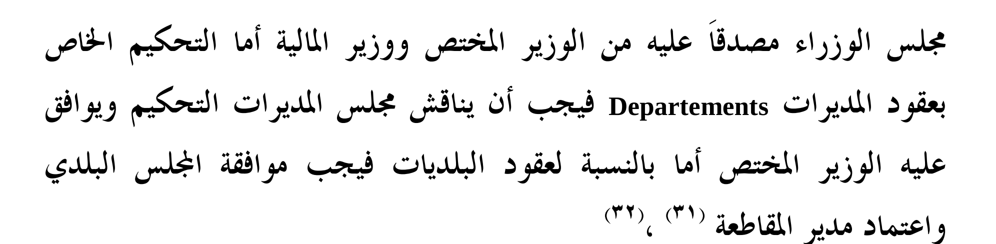
نص المشرع استثناءً من مبدأ التحريم الذي أقامه القضاء الإداري على جواز اللجوء إلى التحكيم بالنسبة لبعض طوائف المنازعات الإدارية على النحو الأتي:

(أ): المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد [قانون ١٧ أبريل ١٩٠٦].

Pour la liquidation de leurs depenses de travaux publics et de fournitures.

يعد هذا الاستثناء هو الأول و الأكثر قدماً وقد تم تقريره بالمادة ٦٩ من قانون ١٧ أبريل ١٩٠٦والذى أجاز التحكيم وفقاً لأحكام الباب الثالث من قانون المرافعات المدنية الفرنسية لإنهاء المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريدات و التي قد تبرمها الدولةL' ETAT والمديرات les departments والمحلياتles communes وقد أعتبر مجلس الدولة هذا التعداد على سبيل الحصر ومن ثم استبعد من نطاق تطبيق المشروع العام .

وقد أدرج المشرع الفرنسي هذا الاستثناء بمقتضى قانون الأشغال العامة الجديد co dedesmarches public في المواد ١٣٢ ، ٢٤٧ ، ٣٦١ وقد تطلب المشرع لجواز اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للدولة ضرورة صدور مرسوم بذلك من



مجلس الوزراء مصدقاَ عليه من الوزير المختص ووزير المالية أما التحكيم الخاص بعقود المديريات Departements فيجب أن يناقش مجلس المديريات التحكيم ويوافق عليه الوزير المختص أما بالنسبة لعقود البلديات فيجب موافقة المجلس البلدي واعتماد مدير المقاطعة (٣١) ،(٣٢)

(ب) : المنازعات المتعلقة بالنقابات المشتركة والمؤسسات العامة الإقليمية والبلدية والمراكز الحضرية.

Les syndicats mixtes, les établissements publics departementaux et communaux, et les districts urbains.

وسع مرسوم ٢٥ يوليو سنة ١٩٦٠ من نطاق تطبيق قانون ١٧ أبريل ١٩٠٦و أضاف إليه كل من النقابات المشتركة و المراكز الحضرية ، و المؤسسات العامة الإقليمية و البلدية و قد سمح لهم باللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات المتعلقة بعقودهم .

(جـــ): منازعات بعض العقود التي تبرم مع شركات أجنبية بمقتضى القانون الصادر في ١٩ أغسطس ١٩٨٦ م .

على أثر الحكم الذي أصدره مجلس الدولة في ٦ مارس ١٩٨٦ و السابق الإشارة إليه و الخاص بإنشاء الحكومة الفرنسية مدينة ملاهي على شاكلة (ديزني لاند) الأمريكية و انتهى فيه إلى عدم إمكانية الحكومة الفرنسية إبرام شرط تحكيمي حيث رأى المجلس أن العقد المقترح بين الدولة الفرنسية و شركة و آلت ديزني بغرض إنشاء مدينة ملاهي يتعلق بالنظام العام الداخلي و لا يدخل في إطار أي نص

---

(٣١) د.جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الإدارية ، المرجع السابق، صـــــ٤٦ و ما بعدها.

(٣٢) د.نجلاء حسن سيد أحمد ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، المرجع السابق، صـــــ١٣١ و ما بعدها.



تشريعي يجيز التحكيم استثناءً كما أنه أيضاً لا ينطبق عليه اتفاقية واشنطن الخاصة بالاستثمار بين الدولة و رعايا دولة أخري (٣٣) .

لكل ذلك رفض مجلس الدولة الفرنسي إقرار شرط التحكيم في العقد واعتبره مخالفاً للنظام العام ، و أمام إصرار الشركة الأمريكية على تضمين العقد شرط التحكيم تدخل المشرع و إصدار قانون ١٩ أغسطس ١٩٨٦ م . و الذي أجاز بمقتضاه للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة قبول شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة في شركات أجنبية استثناء من أحكام المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الفرنسي. (٣٤)

ثانياً: التحكيم المنصوص عليه لمنازعات بعض الأشخاص العامة:

أ- المنازعات الخاصة بطائفة المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي .

أصدر المشرع القانون رقم٩ يوليو ١٩٧٥ وأجاز بمقتضى المادة السابعة منه أن يكون " للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري اللجوء إلى التحكيم و بمقتضى مرسوم يحدد ذلك".

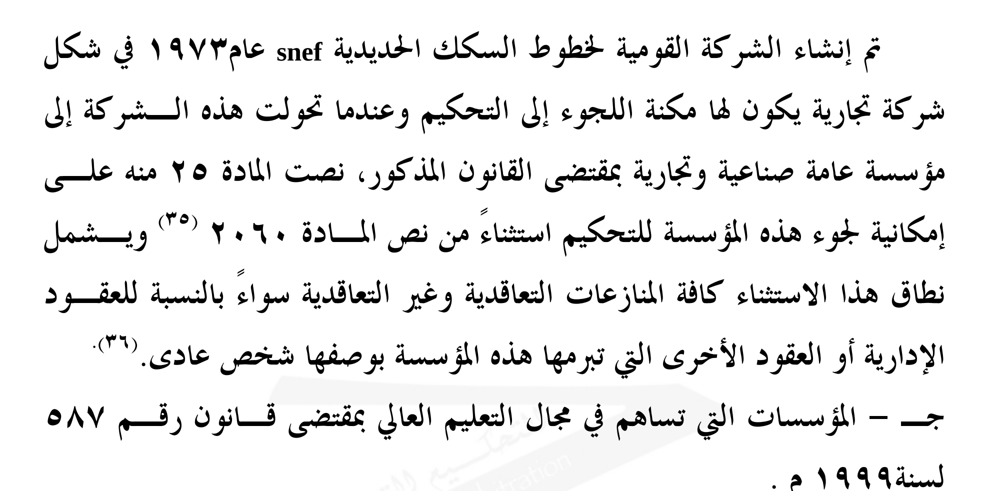
وقد صدر بالفعل حديثاً مرسوم ٨ يناير ٢٠٠٢ م و الذي يقضى بأنه يسمح بالتحكيم للمؤسسات العامة المشار إليها في المادة ١٤٦ من قانون المناجم والمادتين الثانية والثالثة من قانون ١٨ أبريل ١٩٤٦.

ب- التحكيم الخاص بهيئة السكك الحديدية snef بمقتضى نص المادة ٢٥من قانون٣٠ ديسمبر ١٩٨٢م.

---

(٣٣) -أحمد صالح على مخلوف ، رسالته ، المرجع السابق، صـ٣٥١ و ما بعدها .

(٣٤) - د.جوجى شفيق سارى ، التحكيم و مدى جواز اللجوء إليه ، المرجع السابق، صـ٢٠٤ و كذلك د.ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية و التحكيم ، المرجع السابق، صـ١٧٩ .



تم إنشاء الشركة القومية لخطوط السكك الحديدية snef عام١٩٧٣ في شكل شركة تجارية يكون لها مكنة اللجوء إلى التحكيم وعندما تحولت هذه الشركة إلى مؤسسة عامة صناعية وتجارية بمقتضى القانون المذكور، نصت المادة ٢٥ منه على إمكانية لجوء هذه المؤسسة للتحكيم استثناءً من نص المادة ٢٠٦٠ (٣٥) ويشمل نطاق هذا الاستثناء كافة المنازعات التعاقدية وغير التعاقدية سواءً بالنسبة للعقود الإدارية أو العقود الأخرى التي تبرمها هذه المؤسسة بوصفها شخص عادى.(٣٦)

جـ – المؤسسات التي تساهم في مجال التعليم العالي بمقتضى قانون رقم ٥٨٧ لسنة١٩٩٩ م .

أجازت المادة الثانية من القانون المذكور والصادر في ١٩٩٩/٧/١٢ للمؤسسات التي تعمل في مجال البحث العلمي والتعليم العالي اللجوء إلى التحكيم حيث يجوز لهذه المؤسسات أن تلجأ إلى الصلح المنظم في المادة ٢٠٤٤ من التقنين المدني وكذلك اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ العقود المبرمة مع مؤسسات أجنبية (٣٧).

د– هيئة الاتصالات الفرنسية بمقتضى قانون ٢ يوليو ١٩٩٠ PFT

---

(٣٥) - YOUSSEF (Ch.) Th. precitee , p 611 .

(٣٦) د.عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ..... ، المرجع السابق، صـ١٩٣ .، و د.محمد محمد عبد اللطيف ، الاتجاهات المعاصرة ، المرجع السابق، صـ٨٥ .

(٣٧) د.نجلاء حسن سيد أحمد ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، المرجع السابق، صـ١٣٦ ، د.يسرى محمد العصار ، التحكيم في المنازعات الإدارية ..... ، المرجع السابق، صـ١٠٥ و أحمد صالح على مخلوف، رسالته السابقه، صـ٣٥٥ .



وقد سمح هذا القانون بمقتضى المادة ٢٨ منه لهذه الهيئة بإمكانية اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي قد تنشأ عن العقود التي تبرمها مع الغير [٣٨] ، وتجدر الإشارة إلى تماثل صياغة قانون ١٩٩٠ والخاص بالبريد و الاتصالات مع قانون ٣٠ ديسمبر ١٩٨٢ والخاص بالسكك الحديدية sncf .

فشركة السكك الحديدية كانت تستطيع باعتبارها شركة مساهمة اللجوء إلى التحكيم ومع تحولها إلى مؤسسة عامة نص المشرع صراحة على احتفاظها بهذه الإمكانية أما بالنسبة للبريد فالوضع مختلف فهو لا يعتبر شركات تجارية تحولت إلى مؤسسات عامة و إنما إدارات مركزية ذات شخصية معنوية متميزة عن شخصية الدولة وتحولت إلى مؤسسة عامة [٣٩] .

الفصل الثاني

التحكيم في العقود الإدارية و عقود الــB.O.T في مصر

تمهيد و تقسيم:

عرف المشرع المصري التحكيم منذ فترة ليست بالقصيرة حيث نظمه بمقتضى قانون المرافعات الصادر في ١٣ نوفمبر عام ١٨٨٣ و في المواد ٧٠٢ – ٧٢٧ و كذلك في القانون رقم ٧٧ لسنة١٩٤٩ في المواد من ٨١٨ إلى ٨٥٠ و أخيراً بمقتضى القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ في المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣. [٤٠]

كما أشارت المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة الحالي إلى إمكانية التحكيم بنصها على أنه " لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن

(٣٨) د.عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ، المرجع السابق، صـــ٢٠٥ .

(٣٩) - YOUSSEF (Ch.) ,Th. precitee , p . 611.

(٤٠) د.جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الإدارية ، المرجع السابق، صـــ٣٠ و ما بعدها .

تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها عن خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة ".

كما أخذ المشرع المصري بنظام التحكيم الجبري في منازعات القطاع العام في عدة قوانين متعاقبة بدءاً من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ و مروراً بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٩ و الخاص بإنشاء المحكمة العليا و الذي اسند لها اختصاصاً هاماً و هو وقف تنفيذ قرارات التحكيم ثم القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ و الخاص بالمؤسسات العامة و شركات القطاع العام و أخيراً القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩٢ و الخاص بقطاع الأعمال و الذي فتح الطريق أمام العقد الإداري ليفض منازعته عن طريق التحكيم المنظم وفقاً لقواعد قانون المرافعات المدنية و التجارية و إن كان نطاقه قاصراً على إجراءات التحكيم فقط دون القواعد الموضوعية التي يتعين على المحكم أن يطبق بصددها القواعد الموضوعية التي تحكم العقود الإدارية و المختلفة عن قواعد القانون الخاص و التي تكون في مجموعها نظرية للعقد الإداري. (٤١)

ثم أصدر المشرع القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ و الخاص بالتحكيم في المواد المدنية و التجارية ثم أخيراً صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

ومن خلال هذا السرد التاريخي لنظام التحكيم في مصر يمكننا تقسيم هذه الحقبة التاريخية إلى ثلاثة مراحل مختلفة كل منها في مبحث مستقل و ذلك على التفصيل الأتي :-

المبحث الأول: الوضع قبل صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

المبحث الثاني: الوضع بعد صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

---

(٤١) د.عزيز الشريف ، التحكيم الإداري في القانون المصري ، المرجع السابق ، صـــــ٤٢ و ما بعدها



المبحث الثالث: الوضع بعد صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ .

المبحث الأول

الوضع قبل صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤

قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ (٤٢) والخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية لم يكن هناك تنظيم تشريعي بحكم مسألة التحكيم في العقود الإدارية خاصة وأن نصوص قانون المرافعات المدنية و التجارية رقم ١٣ لسنة١٩٦٨جاءت عباراته فضفاضة ،حيث أجازت المادة رقم ٥٠١ من هذا القانون التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين يستوي أن يكون هذا العقد مدنياً أو إدارياً، وقد كان العمل يجرى على قبول جهة الإدارة بشرط التحكيم في عقودها خاصة في عقود الأشغال العامة وعقود استغلال الثروات الطبيعية (٤٣) إلا أنه عند حدوث نزاع بشأن تلك العقود نجد أن الجهة الإدارية تلجأ للقضاء متعللة بأن شرط التحكيم غير جائز في العقود الإدارية ، وهو موقف منتقد من جانب الإدارة إذ أن جهة الإدارة قد قبلت وبكامل رضاها إدراج شرط التحكيم في عقودها الإدارية فإذا ما أسرعت وهرولت للقضاء الإداري طالبة منه الحكم بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية فتظهر بذلك بمظهر المراوغ للمتعاقد معها، فهي إما أن تقبل التحكيم في عقودها وتلتزم به و إما أن ترفض ذلك وتصر على رفضها هذا ومنذ البداية فيكون للمتعاقد معها حرية إبرام العقد من عدمه. (٤٤)

د. دويب حسين صابر عبد العظيم

---

(٤٢) الجريدة الرسمية ، العدد١٦ تابع في ١٩٩٤/٤/٢١ .

(٤٣) د.أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري و الإجباري ، طبعة ١٩٨٨ ، صـــــ٥٨ .

(٤٤) د.جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الإدارية ، المرجع السابق، صـــــ٥٧ و ما بعدها .

و إزاء هذا القصور التشريعي نجد أن الرأي قد اختلف بـــصدد إمكانيـــة التحكيم في العقود الإدارية بين مؤيدين ومعارضين.

المبحث الثاني

الوضع بعد صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤

أمام الاختلافات الفقهية بل و القضائية –بين مؤيدين و معارضين للتحكيم في العقود الإدارية وفي ظل غياب النص التشريعي (٤٥) نجد أن المشرع قد تدخل – و أن تباطأ في ذلك – و اصدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية ناصاً في مادته الأولى على أنه " مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان التحكيم يجرى في مصر أو كان تحكيماً تجارياً دولياً يجرى في الخارج و اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون ، كما نصت المادة الثالثة منه على أن " تلغى المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣ من القانون رقم ١٣ لــ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية و التجارية ، كما يلغى أي حكم مخالف لأحكام هذا القانون " .

بيد أنه و على الرغم من هذا النص إلا أن الخلاف مازال قائماً فقهاً و قضاءً – حول مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية و منها عقود الــB.O.T بل إن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع تبنت موقفاً مخالفاً لموقفها السابق و

(٤٥) د.أحمد سلامه بدر ، المرجع السابق، صـــــ٣٠١ .



ذهبت إلى القول بعدم صحة شرط التحكيم في العقود الإدارية بعد العمل بالقانون رقم ٢٧ لسنه ١٩٩٤ (٤٦) .

وعلى ذلك فإننا سوف نتناول اتجاهات الفقه و القضاء المختلفة حول تلك المسألة في ظل القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ و ذلك على التفصيل الآتي :

الاتجاه الأول: و يرى صحة شرط التحكيم في العقود الإدارية .

أجاز أنصار هذا الرأي التحكيم في العقود الإدارية استناداً إلى الحجج الآتية :

أولا: استند أنصار هذا الرأي إلى القاعدة الأصولية التي تقضى بأن " العام على الإطلاق ما لم يخصص " و أنه " لا اجتهاد مع وضوح النص " للقول بجواز التحكيم في العقود الإدارية ونظراً لعموم نص المادة الأولى من قانون التحكيم الجديد الخاص بتحديد نطاق تطبيق قانون التحكيم و التى تقضى بسريان القانون على التحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص بغض النظر عن طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع. (٤٧)

ثانياً: ذهب بعض أنصار هذا الرأي لتأييد إمكانية التحكيم في العقود الإدارية بالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون و من جملة ما دار من مناقشات في البرلمان المصري حول هذه المادة فقد جاء في تقرير اللجنة المشتركة للشئون الدستورية و

(٤٦) المستشار .ميلاد سيدهم ، جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية و المختص به بعد العمل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ م ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الرابع ، السنة السابعة و الأربعون أكتوبر ، ديسمبر ٢٠٠٣ – العدد رقم ١٨٨ ، صـ٤ .

(٤٧) د.أنور أحمد رسلان ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، مقاله سبقت الإشارة إليه، صـ٢٣٤ ، و د.يسرى محمد العصار ، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية و غير العقدية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية سنة ٢٠٠١ ،صـ١٣٨ و ما بعدها ، د.نجلاء حسن سيد أحمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، المرجع السابق، صـ٨٣

التشريعية و مكتب لجنة الشئون الاقتصادية بمجلس الشعب " أن اللجنة قد عدلت المادة الأولى على نحو وسع من نطاق تطبيق أحكام المشرع ، فبعد أن راجعت أحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في مصر نظمت سريان أحكام المشروع علـى كـل تحكيم يجرى في مصر سواء بين أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص ، و أياً كانت العلاقة التي يدور حولها النزاع ، و قد قصد من هذه العبـارة سـريان القانون على العقود الإدارية ...... ".

كما أكد ذلك وزير العدل عند مناقشة مواد هذا القانون بقوله " ..... إن العقود الإدارية يجوز التحكيم فيها ، و هذا أمر انتهى بإفتاء مجلس الدولة ، و أفتت الجمعية العمومية بهذا أكثر من مرة و أصبحت مسألة ليست محل خلاف ..... " ، كما أكدت المناقشات التي دارت في البرلمان المصري أن عبارة أشخاص القانون العام قد قصد منها إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية و أن المادة الأولى بنصها " أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع " هي تلك التي قطعت بأن التحكيم جائز في منازعات العقود الإدارية .(٤٨)

و قد اقترح أحد الأعضاء (د.إدوارد الدهبى) تعديل نص المادة الأولى و النص صراحة على إضافة عبارة " و يشمل ذلك كافة العقود الإدارية " إذ أن عبارة المادة الأولى " تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية " لا تدل بذاتها على خضوع منازعات العقود الإدارية للتحكيم إذن النص بحالته هذه مخالف لنص المادة ٦٦ في فقرتها الرابعة من القرار بقانون ٤٧ لسنة١٩٧٢ و التي تنص على اختصاص الجمعية

(٤٨) أحمد صالح على مخلوف ، رسالته بعنوان " اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجـارة الدولية " ، حقوق القاهرة سنة ٢٠٠٠، صـ٣٥٩ ، وكذلك د.حسنى سعد عبد الواحـد ، مقالـه سبقت الإشارة إليه ،صـ٨٥ .



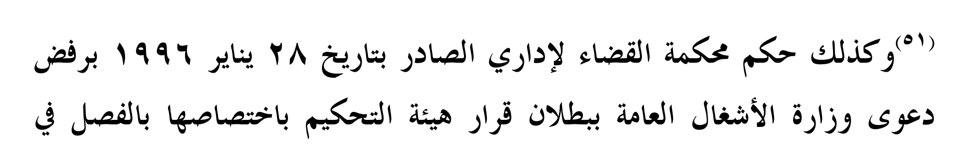
العمومية لقسمي الفتوى و التشريع بإبداء الرأي المسبب و الملزم في المنازعات التي تنشأ بين الأشخاص العامة إلا أن المجلس لم يوافق على هذا التعديل عندما عرض عليه.(٤٩)

ثالثاً: يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن سياسة الإصلاح الاقتصادي و تشجيع الاستثمار التي تتبناه الدولة في الوقت الحاضر ولجذب رؤوس الأموال الأجنبية و تهيئة مناخ اقتصادي جيد – خاصة و من وجهة نظرنا – في مجال عقود الـB.O.T – لا يتحقق إلا بوضع تشريعات اقتصادية تشجع على ذلك و تهيئة المناخ التشريعي بل و القضائي ومن خلال الالتزام بقبول التحكيم فيما قد يثور من منازعات حول تلك الأنشطة و غيرها في مجالات العقود الإدارية أو في مجالات عقود الـB.O.T.(٥٠)

رابعاً: تأييد بعض أحكام القضاء لإمكانية التحكيم في العقود الإدارية و من ذلك على سبيل المثال حكم محكمه استئناف القاهرة الصادر في ١٩ مارس ١٩٩٧ م

(٤٩) د.جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الإدارية ، المرجع السابق، صـ٧٧ ، و كذلك المستشار الدكتور . حسن محمد هند ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، دراسة مقارنة ، بدون ناشر و لا سنة نشر،صـ٨٨ و ما بعدها ، و قد رد السيد رئيس مجلس الشعب على النائب بقوله " أني أخشى ما أخشاه اليوم ، و التحكيم يكون بإرادة الدولة ، أنه إذا وردت هذه العقود بالاسم في القانون فإن الدولة عندما تتعاقد مع غيرها ، و خصوصاً في مجال استخراج الثروة الطبيعية و عقود المفاعلات النووية أن تطلب الدولة المتعاقدة أو الشركة توافر شرط التحكيم و تستند إلى النص صراحة في القانون " و ذكر سيادته بما كان من إلغاء المادة (٨) من مشروع قانون الاستثمار المتعلقة بقبول الحكومة المصرية للتحكيم حتى لا يقال أن الدولة بإرادتها التشريعية قد تنازلت عن الاختصاص القضائي صراحة في عقود معينة ، و بالتالي نقول أن ذكر هذه العقود بالذات قد يورث نوعاً من اللبس " ، أنظر في ذلك د.حسن محمد هند ، المرجع السابق، صـ٨٩ .

(٥٠) د.أنور احمد رسلان ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، المرجع السابق، صـ٢٣٥.



[٥١]وكذلك حكم محكمة القضاء لإداري الصادر بتاريخ ٢٨ يناير ١٩٩٦ برفض دعوى وزارة الأشغال العامة ببطلان قرار هيئة التحكيم باختصاصها بالفصل في النزاع الناشئ عن عقد إداري [٥٢]

الاتجاه الثاني: ويرى عدم صحة شرط التحكيم في العقود الإدارية .

و قد استند أنصار هذا الرأي إلى بعض الحجج الآتية:

أولا: إن قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ لا يتضمن نصاً صريحاً يقضى بجواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية فالعقود الإدارية تحكمها قواعد خاصة و خارقة للشريعة العامة و هي قواعد القانون الإداري و هي في معظمها قضائية يصعب التسليم بخضوعها للتحكيم إلا بمقتضى نص صريح يجيز ذلك.[٥٣]

ثانياً: اصطدام إمكانية التحكيم في العقود الإدارية بنص المادة ١٢٧ من الدستور و التي تنص على أن " مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة و يختص بالفصل في المنازعات الإدارية و في الدعوى التأديبية و يحدد القانون اختصاصاته الأخرى " لذا انتهى أنصار هذا الرأي بأن قابلية المنازعات الإدارية للتحكيم فيها إنما تقف أمامها

---

(٥١) د.محمد عبد المجيد اسماعيل ، المرجع السابق، صـــ٤١٧ ، أحمد على مخلوف ، المرجع السابق صـــ٣٣٦ و ما بعدها ، و د.أنور احمد رسلان ، مقاله في التحكيم ، سبقت الإشارة إليه ،صـــ٢٣٥ ، د.يسرى محمد العصار ، مؤلفه في التحكيم ، المرجع السابق ،صـــ١٣٧ ، د.محمد عبد العزيز بكر ، مؤلفه في التحكيم و أثره على المفهوم المتفرد للعقد الإداري ، المرجع السابق، صـــ٨ و ما بعدها.

(٥٢) محكمة القضاء الإداري ، دائرة منازعات الأفراد (ب) ٢٨ يناير ١٩٩٦ ، دعوى رقم ٤١٨٨ لسنة ٤٨ق، مشار إليه في ، د.أحمد صالح على مخلوف ، رسالته ، المرجع السابق ، صـــ٣٦٢ و ما بعدها .

(٥٣) د.يسرى محمد العصار ، مؤلفه في التحكيم ، المرجع السابق، صـــ١٣٨ ، و كذلك د.جابر جاد نصار، مؤلفه في التحكيم ، المرجع السابق صـــ٧٩ ، أحمد صالح مخلوف ، رسالته ، المرجع السابق ،صـــ٣٥٨.



صعوبات لا يستهان بها خاصة مع وجود شبهة لعدم دستورية نصوص قانون التحكيم حيث لم يتم عرضه على مجلس الشورى إعمالاً لنص المادة ٢/١٩٥ من الدستور و التي تتطلب ضرورة عرض القوانين المتعلقة بالسلطة القضائية و المحددة لاختصاصات المحاكم على مجلس الشورى باعتبارها من القوانين المكملة للدستور. (٥٤)

ثالثاً : أورد أنصار هذا الاتجاه حجة تتعلق بعنوان القانون ذاته و هو " التحكيم في العقود المدنية و التجارية " و من ثم فإن هذا العنوان لا يشمل العقود الإدارية ، كما أن لفظ العقود الإدارية لم يرد صراحة في المادة الأولى من هذا القانون التي تحدد نطاق تطبيقه. (٥٥)

رابعاً: يذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأن نص المادة الأولى من القانون المذكور فضلاً عن المناقشات التي دارت حوله في مجلس الشعب و ما أوردته المذكرة الإيضاحية لا يقطع برأي نهائي في مسألة التحكيم في العقود الإدارية فضلاً عن أن المناقشات البرلمانية لهذه المادة كانت بالغة الضعف و لم ترق أبداً إلى أهمية النص باعتباره يحدد نطاق تطبيق القانون نظراً لاستنادها من ناحية أولى على معلومات خاطئة فالقول بأن مسألة التحكيم في المنازعات الإدارية و المسند إلى وزير العدل قد حسم بإفتاء مجلس الدولة هو قول مجرد من الصواب إذ أن فتاوى الجمعية العمومية و أحكام المحكمة الإدارية العليا شأنها التضارب و بالتالي فليس منطقياً القول بأن مجلس الدولة قد اتخذ موقفاً محدداً من التحكيم في العقود الإدارية. (٥٦)

---

(٥٤) د.نجلاء حسن سيد أحمد ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، المرجع السابق صـ٨٦ .

(٥٥) د.أنور احمد رسلان ، مقاله ، سبقت الإشارة إليه ،صـ٢٣٦ .

(٥٦) د.جابر جاد نصار ، التحكيم في العقود الإدارية ، المرجع السابق ،صـ٧٩ وما بعدها .

الاتجاه الثالث: و الذي يرى جواز التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي دون العقد الإداري الداخلي .

و قد حدد أنصار هذا الرأي مفهوم تلك العقود بأنها تلك العقود التي تلحق أطرافها أو موضوعها عنصر أجنبي و من ذلك ألا يكون محل إقامة أو مقر الشخص المعنوي الطرف في العقد داخل الدولة أو يكون تنفيذ موضوع العقد بدولة أخرى أو يتعلق موضوعه بالتجارة الدولية . و باعتبار أن هذا الحل يرضى المستثمر الأجنبي و الذي يسعى إلى تأمين نشاطه داخل الدولة و تحديد الجهة المنوطة بها حل النزاع أو القانون الواجب التطبيق بواسطة اتفاق التحكيم أو مشارطة التحكيم حتى لو كان العقد إدارياً و استند أنصار هذا الرأي إلى المادة الثالثة من قانون التحكيم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ و التي حددت معايير دولية للتحكيم ، و هو ما اتجهت إليه بعض الدول الشبيهة بنا من حيث ظروفها الاقتصادية كتونس و التي أقامت تفرقة بين التحكيم الداخلي و حظرت على الدولة الالتجاء إليه ، و التحكيم الدولي في العقود الإدارية و وسعت منه و إجازته .(٥٧)

و يتضح مما سبق و على الرغم من صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ و الخاص بالتحكيم إلا أنه لم يقطع دابر الخلاف سواءً في ذلك من ناحية الفقه أو القضاء بشأن مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية مما حدا بالمشرع إلى إصدار القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ و هو ما سوف نتعرض إليه في الفرع الثالث .

---

(٥٧) يراجع في ذلك كلٌّ من :

- د.أنور أحمد رسلان ، مقاله ، سبقت الإشارة إليه، صـــــ٢٣٨.
- د.يسرى محمد العصار ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، المرجع السابق ،صـــــ١٣٩ .
- المستشار الدكتور. محمد ماجد محمود ، العقد الإداري و شرط التحكيم الدولي ، مجلة العلوم الإداريـــة ، السنة الخامسة و الثلاثون ، العدد الثاني ، ديسمبر ١٩٩٣ ، صـــــ١٤٨ .

المبحث الثالث

الوضع بعد صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧

كان غياب النص التشريعي الذي يجيز التحكيم في منازعات العقود الإدارية سبباً في اختلاف وجهات نظر الفقهاء بل و تضارب الأحكام القضائية بين مؤيد و معارض لإمكانية التحكيم في العقود الإدارية ، بيد أن هذا الخلاف و ذلك التضارب لم ينته بإصدار المشرع القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بل ظل الخلاف قائما ً، بل أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع أصدرت فتوى بتاريخ ١٩٩٦/١٢/١٨ بعدم صحة التحكيم في العقود الإدارية بعد أن كانت قد أفتت قبل ذلك بتاريخ ١٩٨٩/٦/٢٨ بجواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية مما حدا بالمشرع إلى التدخل مرة أخرى بتعديل قانون التحكيم وإضافة فقرة ثانية إلى نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ و ذلك بمقتضى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ (٥٨) و نصها كالآتي :

"وبالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، و لا يجوز التفويض في ذلك " .

و بذلك يكون هذا القانون بإضافته لهذه الفقرة قد حسم تماماً الخلاف حول الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية و عقود الـــB.O.T .

و قد تأكد هذا الاتجاه بصدور قانون المناقصات و المزايدات رقم ٨٩ لسنه ١٩٩٨ ناصاً في مادته رقم ٤٢ على أنه " يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف

(٥٨) الجريدة الرسمية ، العدد رقم ٢٠ (تابع) في ١٩٩٧/٥/١٥ .

أثناء تنفيذ الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم ، بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد " .

كما جاء في نص الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣ من ذات القانون أنه " في حالة الادعاء بإخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها الواردة بالعقد بخطأ منها ، يكون للمتعاقد الحق في اللجوء للقضاء للمطالبة بتعويضه عما يكون قد لحقه من ضرر نتيجة لذلك ، ما لم يتفق الطرفان على التحكيم وفقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ معدلاً بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ و بالتالي يكون المشرع قد حسم و بصورة نهائية مسألة التحكيم في العقود الإدارية و إن كان لتدخله هذا وجهان أحدهما إيجابي و المتمثل في حسم الخلاف و إقرار مبدأ جواز التحكيم في العقود الإدارية أما الثاني فهو سلبي و ذلك بتقييد منازعات العقود الإدارية وقابليتها للتحكيم بشرط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة و عدم جواز التفويض في ذلك. [٥٩]

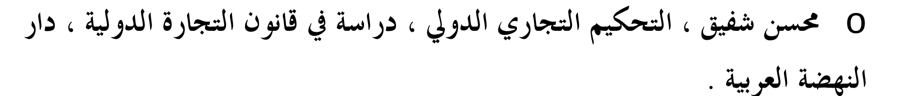
١ – د.عبد السند حسن يمامه ، المرجع السابق، صـــــ١٢٨ و ما بعدها .



أولا :– المراجع باللغة العربية

أولا : المؤلفات العامة و المتخصصة:

- أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري و الإجباري ، طبعة ١٩٨٨ .
- أحمد سلامه بدرا لعقود الادارية وعقود ، B.O.T، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٣.
- أحمد عبد الكريم سلامه ، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظير و تطبيق مقارن ، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٤ ، دار النهضة العربية .
- جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، بدون سنة .
- جابر جاد نصار ، الوجيز في العقود الإدارية ، ، دار النهضة العربية ، طبعة سنة ٢٠٠٠ .
- جورج شفيق ساري ، التحكيم و مدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، دار النهضة العربية سنة ١٩٩٩.
- المستشار الدكتور . حسن محمد هند ، التحكيم في المنازعات الإدارية ، دراسة مقارنة ، بدون ناشر و لا سنة نشر .
- حفيظة السيد الحداد ، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة ٢٠٠١.
- عبد السند حسن يمامه ، نظام الـ B.O.T وفقاً لأحكام التشريع المصري، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٠ بدون ناشر .
- عزيزة الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري ، دار النهضة العربية ١٩٩٢، ١٩٩٣ .
- عصمت عبد الله الشيخ التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٠ .



o محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة في قانون التجارة الدولية ، دار النهضة العربية .

o محمد عبد المجيد إسماعيل ، العقود الإدارية وعقود B.O.T ، دار النهضة العربية، ســـنة ٢٠٠٣ .

o ناريمان عبد القادر ، اتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٦ .

o نجلاء حسن سيد أحمد خليل التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، طبعة الثانية ، سنة ٢٠٠٣ ، ٢٠٠٤ دار النهضة العربية.

o د.يسرى محمد العصار ،التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية و غير العقدية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠١.

o د.ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية و التحكيم ، دار الجامعـــة الجديـــدة ، ســـنة ٢٠٠٤.

o محمد محمد عبد اللطيف ، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، دار النهضة العربية، ســـنة ٢٠٠٠ .

ثانياً : الرسائل

o إسماعيل أحمد محمد الاسطل ، رسالته بعنوان " التحكيم في الـــشريعة الإســـلامية " ، حقوق القاهرة سنة ١٩٨٦

o أحمد صالح على مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجـــارة الدولية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، سنة ٢٠٠٠.

o محمد عبد العزيز على بكر . فكرة العقد الإداري عبر الحدود ، رسالته للدكتوراه ، جامعة حلوان ، كلية الحقوق ، سنة١٩٩٩ .

ثالثاً:الدوريات

o د.إبراهيم أحمد إبراهيم ، اختيار طرق التحكيم و مفهومه ، مجلة المحامـــاة ، العـــدد الأول، ٢٠٠١



- د . أنور أحمد رسلان ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، مجلة الأمن و القانون بدبي ، السنة السادسة ، العدد الأول ، رمضان عام ١٤١٨ هـ يناير ١٩٩٨.
- المستشار الدكتور. محمد ماجد محمود ، العقد الإداري و شرط التحكيم الدولي ، مجلة العلوم الإدارية ، السنة الخامسة و الثلاثون ، العدد الثاني ، ديسمبر ١٩٩٣ ، صـ ١٤٨ .
- المستشار .ميلاد سيدهم ، جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية و المختص به بعد العمل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ م ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الرابع ، السنة السابعة و الأربعون أكتوبر ، ديسمبر ٢٠٠٣ – العدد رقم ١٨٨.
- الجريدة الرسمية ، العدد ١٦ تابع في ١٩٩٤/٤/٢١ م .
- الجريدة الرسمية ، العدد ٢٠ (تابع) في ١٩٩٧/٥/١٥ .

رابعاً:أحكام المحاكم:

- حكم المحكمة الدستورية العليا ، الدعوى رقم ١٣ لـ ١٥ ق ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، و المنشور في الجريدة الرسمية ، العدد الثاني في ١٢ يناير سنه ١٩٩٥
- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزء السادس
- الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع ، الفتوى رقم ٦٦١ في ١٩٨٩/٧/١ ، ملف رقم ٢٦٥/١/٥٤ في ١٩٨٩/٥/١٧ ، منشور في الموسوعة الإدارية الحديثة الجزء ٣٥.

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية:

(A) Ouvrages généraux :

o Auby (J.M) et Drago (G),trait , Traité de contentiaux administratif, T.1, 3 ed , LGDJ , Paris , 1984 no 20

o HERAUD(A),MAURIM (A),La justice editionssirey 1996..

o DE Laubadere (A-), Traite theorique et pratique des contrats administratife , , tome I, L.G.D.J , 1956.

o Pouyaud (D) , la nullité des contrats administratifs , L.G.D.J. paris

o Richer (L), Manuel, droit des contrats administratifs, L.G.D.J. 1995. et 1999.

(B) Ouvrages spéciaux : e

o FOUSSARD (D), l'arbitrage en droit administratf , Rev, arb, 1990

o PATRIKOS, Larbitrage en matiére administrative L.G.D.J , 1997

o LAMBIE (O.) et LONCLE (J.) , L' arbitrage dans les Grands projets en concession de service public, RDAI /IBLJ No 1 , 2003.

o Mottawa(A.) " l'arbitrage en matiére de transport maritime de marchandises " Etude de droit frençais et le droit egyptien , thése , université de Paris 1 , 2003 , tome 1

(C) Thèses et Articles :

Youssef (C) ,

o Le contrat de concession de service public ou B.O.T. endroits Francaiset égyptien , é lu de comparéede l'evo lution contemporaine, thése , paris 1 , 2004 .